

## 研究ノート

## 『庇護権の研究』解題（続）

島 田 征 夫

引き続き、委員会の意見を聞きつつ、前記拙稿に関する課題を記したい。

## ① 「ドイツ連邦共和国基本法第16条2項後段の庇護権と国際法」について

1) この論文において筆者が全体をとおして何を言おうとしているのか明白でない。むすびの部分で81ページに「…その意味で、本稿で得た結論のいくつかは、逆に国際法上の庇護権が問題となる場合の指針となりうる」と記してあるが、そのいくつかとは何をさすのか明白でない。

2) 最終の部分（81ページ）に「国家の庇護権の濫用を防止し、かつそれを監視する」と記してあるが、庇護権の濫用とは、具体的にどのようなことを意味するのか、不明確である。

3) 77ページ前半の記述は、一読して理解し難い。この部分は、注にも記されているように K.Doering の論文をほとんど引用している部分であるが、筆者が庇護権は…「国家の安全とは無関係に独立して成立している」としている部分は、原文では es ist nur diesem Rahmen entstanden. と書かれているのであるが、むしろ「国家の安全を維持する枠内においてのみ成立している」と解され、表現が逆となっている。それも、この記述を理解し難いものとしている一因といえよう。

4) 54ページ等に「庇護請求権」という語が用いられているが、請求権という以上は、その相手方は（請求権が権利として存するからには）それに対応する義務を負う筋合であり、むしろ、筆者の言わんとするのは、「庇護を享受できる権利」とでも表現すべきものと思われる。

5) 63ページの「政治的迫害の法律的性質をあまりに明確にすることによって、庇護権の概念を必要以上に解明してしまうことになり」というのは、言わんとする意図が不明であり、また、庇護権の概念を詳しく解明することが、なぜ「庇護権の有する保護の機能を破壊する」ことになるのか、その間の説明はなく、理解し難い。

## ② 「庇護権についての史的考察」（研究ノート）について

1) 表題に「史的考察」とあるが、この程度のいくつかの事例を原資料を詳しく検討することなく並べて、史的考察として発表することは控えるのが穏当である。「研究ノート」というのも同様に穏当でなく、研究上気のついた参考資料として同学の研究者に知らせるのであれば、その趣旨の説明をして発表することが好ましい。

2) 「政治的庇護の考え方の法社会学的論証は、すでに1802年に…説明されている。」と記されているが、この程度の2、3行の記述で法社会学的論証と言えるのか、1802年当時法社会学的論証の方法が存在していたのかについては、極めて疑問が持たれ、筆者は法社会学についての認識を欠いていると思われる。

### ③ 「政治犯罪概念の国際法的考察」について

1) 前記「ドイツ連邦共和国基本法第16条2項後段の庇護権と国際法」(54-55ページ)では、庇護権と不引渡しの密接な関係について学説、判例を紹介し、前記「庇護権についての史的考察」では、結論の部分(55ページ)で、「政治的庇護の考え方は、政治犯罪人不引渡しの原則と密接に関連して形成されたもので、政治犯罪人不引渡しの原則の確立なしには、政治的庇護の思想は生じえなかった」との記述があるのに拘らず、本論文では、冒頭に「政治犯不引渡と庇護とは同一の概念ではない。庇護は…政治犯不引渡とはその趣きを著しく異にしている」と記しているのは、唐突の感をまぬがれない(1ページ)。なお、注2の引用についても考慮を要する。

2) 3ページに「法律行為」「単独行為」などの語が行(用)いられているが、それは、法学用語としての「法律行為」や「単独行為」と一致しない。

3) 「ドイツ連邦共和国基本法第16条2項後段の庇護権と国際法」では、「政治的被迫害者」について「本国の政治体制のゆえに彼の生命、自由または財産が奪われるためにその本国ではもはや生活することができない人」「人種、宗教、国籍あるいは特定の社会グループへの所属または政治的確信を理由として迫害されると信ずるに足る十分なおそれがあるために…外国にある者」(59-62ページ)として認識しているはずであるに拘らず、本論文では、「不引渡または庇護の対象となると考えられる亡命者」の分類の中に、「政治的迫害も身体への危険もないが、政治的志操を異にするなどの不自由さを理由に外国へ逃亡した者」(6ページ)「政治信条を異にするため住み心地が悪いので…」(18ページ等)を入れ、さらにそれを相対的政治犯罪にも一応含ませるような記述が認められる。それは、参照した一文献(同論文の注11)の記述を安易に鵜呑みにした結果かと思われるが、「政治的信条」についてあまりにも手軽に考えすぎた態度の片鱗が現われており、政治犯、政治亡命を主題とした研究としては、そ

の問題意識の不明確さが指摘されよう。なお、上記引用文献も、その159ページで「亡命の『権利』は、…前記分類の(c)に入るものには認める必要はなく、(a) (b)に限られるべきである」としているのであって、それを「不引渡または庇護の対象となると考えられる亡命者」の分類に入れることは、引用としても正しくないと思われる。

4) 18ページで、新しい政治犯罪の登場が「政治犯不引渡の原則により今日の意味を与えるものといえる」と積極的な評価をしているように解されるのに、24ページで「このことは政治犯罪の概念をあまりに拡張し、かえってその曖昧さを助長する結果となりはしないか」と、消極的に述べていることの間には矛盾があると思われる。

5) 34ページの「政治犯不引渡の原則の今日的意義は、政治犯の不引渡と政治犯の庇護とを峻別することによって、その手がかりを見出すことができる」という今日の意義とは、4)の「今日の意味」とどのような関係があるのか、筆者は、この論文でどのようなことを言おうとしているのか、明らかでない。

6) 35ページ4行目の「政治犯不引渡と庇護は…理論上峻別されるべきものであるが、実際には混同されることが多い」という記述と同ページ13行目の「今日、その実践においては、政治犯不引渡と庇護とを区別することは、それほど大きな意味をもっていない」との記述とどのように関連するのか、明らかでない。

7) 35ページの最後に結論的部分で「現在問題は各国が保護を求めている個人をその方法はどうあれ、自国内で人道上保護しようとする姿勢をもっているか否かにある」と記しているが、この論文作成の1970年に先立ち、わが国では在日外国人（亡命希望者）の強制退去が問題となり（本論文注1、12）、国会でも、亡命者条約への加入提案や、政治亡命者保護法案の提出などのあった直後であるだけに、日本の問題に対する意識や論文執筆の態度として疑問が持たれる。

#### ④ 「外交的庇護と国家責任」について

1) 「領事館は在外国家機関ではない」（3ページ）と断定することは正しくない。

2) 国際司法裁判所の判決の紹介では（9ページ）、「ここで確認されたのは、いかなる意味においても現在の一般国際法上国家の外交的庇護が認められていないということである」としながら、むすびの部分で、「政治犯不引渡の原則が外交的庇護の場合にも援用される結果として、政治犯の外交的庇護が国際慣習法（実定法）上も確立されている」としているのは、説明不足か矛盾があるのではないか、と思われる。

3) 13ページの最後の部分で、外交的庇護権は…「例外的に認められるべきで

あると考える。あるいは、実際には、現に黙認されているのかもしれない」というのは自信の無さを示す記述であり、また、末尾で「人権に対する適切な配慮が払われぬおそれが多分にあることを想起するだけで十分である」とこの論文を結んでいるのは、この論文で筆者が一体何を言おうとしたのか、疑わしめる。

4) 2 ページ10行目「外交的庇護は治外法権と袂を分かった」との記述と、3 ページ 1 行目「領事館は外交使節ではないので治外法権を享有せず、したがって、ラテン・アメリカ諸国においてさえ、領事館で庇護を与えた事例は少ない」との記述との間、また、その直後の、しかし「ラテン・アメリカにおける領事館の庇護の許与は、実際広く行なわれており、かつ一般に尊重されている」との間には矛盾がある。

5) 7 ページ 7 行目で「損害を償う」方法として第 3 国に逃亡させることをその 1 つにあげているが、適当でなく、13 ページ 6 行目の記述との間には矛盾がある（そうでなければ表現の方法が十分でないといわねばならない）。

6) 20 ページの注32の引用の仕方に問題がある（注27、30、36の関係）

#### ⑤ 「航空機強奪行為と国際法」について

1) 28 ページ末尾で、「他国に亡命した者と、本国で政治犯罪を犯していないが、他国に滞在中に行なった政治的活動を理由として、帰国後に政治的処罰を受けるおそれがある者とは峻別されなければならない」としているが、論証なしに結論だけを出しているきらいがある（なお、「ドイツ連邦共和国基本法第16条 2 項後段の庇護権と国際法」の66ページ 4 行目以降参照）。

2) 30 ページ13行目「同修正は、アメリカの裁判管轄権を国際法が許容する範囲をはるかにこえて拡張しているように思われる」とのべながら、31 ページ 2 行目では、「このような裁判管轄権の適用の拡張は…国際法に違反しないように行なわれたものである」と記しているのは、矛盾があるように思われるし、そうでなければ、表現の方法が適切でない。

3) 31 ページ 9 行目の「たとえ規定上の犯罪構成要件に正確には一致していない場合であっても、同法が適用される余地が残されていることを示唆する」とのべているが、それは、法の適正手続、罪刑法定主義の上から極めて問題となると思われるのに、十分な説明がなく、その最後に「…容易に理解できるはずである」とだけのべているのは、独断的と思われる。

4) 35 ページでハイジャッキングとミューティニーの両者は、本質的に全く異なる行為であると断定し、その理由としてその行為を行なうのが、前者は大抵乗客であるのに対して、後者は船員であるからとしているが、注35によれば、Lauterpacht は、後者に船員のみならず乗客の行なう場合も含めており、公海

条約を起草した国際法委員会も同意見だったことが認められる。然りとすれば、本質的に全く異ると断定することには疑問が持たれる。

5) 61ページ3行目の「逃亡者を本国に必ず引渡すこと…」以降の説明は根拠が十分に示されていない。それと関係があると思われるが、62ページ4行目の「それ以外の犯罪、とくに政治犯罪については本人の同意がない限り処罰することは許されないのである」との記述は、理論上も現実的可能性の上からも問題のある結論と思われる。

6) 64ページ8行目「ハイジャッキングの行為は、現在慣習国際法上も、国際法に違反する犯罪としての地位を与えられていない」との記述は、正しくない。注45に引用されている「航空機の不法な奪取の防止に関する条約」は第1条で明らかに「飛行中の航空機内の次の行為（ハイジャッキング）は、犯罪とする」と定めている。

7) 同条約には、もう少し詳しく論及することが望ましかったとの意見ものべられた。

#### ⑥ 「亡命者の追放と国際法」について

1) 外国人の例外なき入国拒否（192ページ）や無制約な追放権行使（195ページ）につき、筆者は「論外である」としているが、それらの点は、決して議論の外に置くべきではなく、むしろ、裁量権の内容、権利濫用として取上げるべき重要な問題なのであって、用語使用の問題とも関連するが、慎重さを欠くと思われる。

2) 追放とは、「自国領域より退去することを命令するもの」（193ページ）と定義しているが、退去要求（この場合は自発的退去可能）を意味するか、退去要求に応じて自発的に退去しない場合の退去強制を意味するのか、明確にしておくことが望ましい。

3) 203ページ末尾に、「亡命者の入国を認める義務を課した国際協定は存在しない」と断定しているが、注6には、1933年の亡命者の国際的地位に関する条約が存在することを認めているのであるから、そのことは、本文でもそのことが判るよう表示すべきで、少なくとも「存在しない」と断定することは好ましくない。

4) 今日における亡命者追放の問題点（226ページ）という以上は、1967年の庇護権に関する国際連合宣言や植民地独立闘争に関連した亡命者の問題についてもふれるべきではなかったと思われる。

5) 227ページ最後の行の「亡命者の概念については、それ自体現在の一般国際法上個人の問題となっていない」との意味は不明確である。学術論文では正確な表現が望ましい。

6) 227ページ7行目の「庇護を受けることができない亡命者もいれば、亡命者でないのに庇護をうける者もある」という表現も正確でない。法律論と事実論を混同すべきでない。(亡命者としての要件を欠いているのに亡命者として庇護を受けるような場合もある…というような表現が望ましい)。

7) 227ページ最終行の「前述のように、実定法、学説、判例を通してある種の具体性を有する追放事由が示されたと思う」という表現は好ましくなく、具体的に学説上の論点をあげ、その中でどのような理由によって、その中のどの説を採用するかを示すべきである。

8) 228ページ最終行に「亡命者の継続的滞在が滞在国の法益を著しく損う場合」との記述があるが、如何なる場合がそれに該当するか具体的に示すことが望ましい。(「ドイツ連邦共和国基本法第16条2項後段の庇護権と国際法」の75ページ7行との関連)。